



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN
INCIDENTE DE DESACATO

Pamplona, agosto diecinueve (19) de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente:

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Aprobado por Acta No. 040

Radicado: 54-518-22-08-003 2017-00088-06
Incidentalista: MIGUEL ÁNGEL GUTIÉRREZ CONTRERAS
Incidentados: DIRECTOR DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL
DIRECTOR ESM DEL BATALLÓN ASPC No. 30
GUASIMALES

I. ASUNTO

Se pronuncia la Sala acerca de la procedencia o no de la sanción a los incidentados en este incidente de desacato instaurado por MIGUEL ÁNGEL GUTIÉRREZ, al considerar que no han dado aquéllos cumplimiento al fallo de tutela proferido por este Tribunal el 2 de octubre de 2017.

II. ANTECEDENTES RELEVANTES¹

1. El señor MIGUEL ÁNGEL GUTIÉRREZ CONTRERAS, presentó demanda de tutela con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales que estimó lesionados por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y el Batallón ASPC No. 30 Guasimales de Cúcuta, al no ser atendido por una patología adquirida mientras estuvo prestando el servicio militar diagnosticada como “*VARICOCELE III*”.

¹ La información esgrimida en el presente proveído, hace parte de la que digitalizada fue allegada a la Corporación.

2. Esta Sala mediante dicha sentencia resolvió:

“PRIMERO: CONCEDER de manera definitiva el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas.

SEGUNDO: ORDENAR a la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL Y AL BATALLÓN ASPC No. 30 GUASIMALES CON SEDE EN LA TRIGÉSIMA BRIGADA, que dentro de lo que sea de su cargo, y en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia se cite al accionante a efectos de que éste se haga presente, le programen la cita con el médico que corresponda y éste determine el tratamiento a seguir; la programación de esta última cita debe efectuarse de inmediato, una vez comparezca allí el accionante.”

3. En esta oportunidad, mediante escrito de fecha 3 de julio de 2020 afirma el accionante que no se ha dado cumplimiento a dicho fallo de tutela, pues en la actualidad padece de Varicocele grado II y su médico especialista manifiesta que debe ser intervenido quirúrgicamente; la asignación y los procedimientos para el tratamiento y asignación de citas se dilatan y son muy demoradas; su estado de salud empeora cada día más.

III. TRÁMITE PROCESAL RELEVANTE

1. Por auto del 6 de julio de 2020 se ordenó poner en conocimiento del escrito presentado mediante correo electrónico a la Secretaría de esta Corporación el 3 de julio actual por el incidentante, al Director de Sanidad del Ejército Nacional y al Director del Establecimiento de Sanidad Militar del Batallón A.S.P.C. No. 30 Guasimales de Cúcuta, para que se pronunciaran al respecto.

2. Los incidentados descorrieron traslado manifestando lo siguiente:

2.1. Dirección del Establecimiento de Sanidad Militar BACPC 30

Mediante escrito del 13 de julio de 2020 su director manifiesta que según la historia clínica del 28 de febrero de 2020, se indica que el incidentante tiene varicocele grado I en el lado izquierdo que se operó hace dos años y en el lado derecho varicocele grado II, la cual se formó fuera del servicio militar por el trabajo que ha realizado ordenándose el procedimiento quirúrgico, se tomó contacto con la IPS y esta le programó para el 30 de marzo actual.

El 23 de marzo siguiente, agrega, la Dirección de Sanidad del Ejército informa sobre la suspensión temporal de trámites administrativos debido a la pandemia declarada y a la restricción de movilidad que se presenta entre Pamplona y Cúcuta, sobretodo hoy en día que se encuentra colapsado el servicio de salud por la crisis de salud, haciendo imposible el traslado del paciente para el procedimiento teniendo en cuenta que de acuerdo a la historia clínica no existe prioridad en el mismo, por lo que no corre peligro alguno la vida del paciente.

2.2. Dirección de Sanidad del Ejército

Por escrito del 14 de julio siguiente el Oficial Gestión Jurídica DISAN Ejército Nacional, indica que se le ordenó al Director del Establecimiento Militar de Pamplona que en coordinación con el Establecimiento de Sanidad de Cúcuta, realicen las gestiones pertinentes para darle cumplimiento al fallo de tutela y así mismo se le remitió el incidente de desacato a este último ordenándole que se pronuncie al respecto; ese establecimiento le informa que los exámenes médicos se le deben realizar al señor MIGUEL ÁNGEL GUTIÉRREZ CONTRERAS tan pronto sea programada la cirugía por cuanto deben ser recientes, pero debido a la restricción de movilidad por la pandemia que actualmente atraviesa el país la vía Pamplona-Cúcuta está cerrada, por lo que el accionante no podría desplazarse a la ciudad de Cúcuta para la intervención quirúrgica.

3. Por auto del 15 de julio siguiente se ordenó poner en conocimiento al incidentante las informaciones anteriores, para que pronunciara; el 16 de julio da respuesta manifestando que es cierto que el Gobierno Nacional decretó la emergencia nacional con ocasión de la pandemia COVID 19, pero de igual manera en el mismo decreto y demás actos administrativos emanados del Ministerio de Salud, se establecieron excepciones dentro de las cuales se encuentra la atención a quienes requieran de cirugías o tratamientos urgentes necesarios para salvaguardar su salud en conexidad con la vida, como es el caso de su enfermedad la cual la adquirió cuando se encontraba prestando el servicio militar.

La pandemia que se está enfrentando conlleva a los atrasos de muchos procedimientos, entre estos el tratamiento de la cirugía que requiere de manera urgente; agrega que el especialista que ordenó la cirugía de manera urgente, doctor MIGUEL TONINO BOTTA

FERNÁNDEZ manifiesta que su estado es delicado porque de no realizarse la cirugía de manera urgente y los tratamientos requeridos para su recuperación, está en peligro que pierda la movilidad de su extremidad por lo que solicita se requiera al Ejército Nacional para que dé cumplimiento de manera inmediata a los trámites correspondientes y que se lleven a cabo todos los procedimientos, exámenes y entrega de medicamentos con el fin de recuperar su estado de salud.

4. Mediante escrito presentado por el Director ESM BIROV de Cúcuta el mismo 16 de julio, al contestar el requerimiento manifiesta que debido a la restricción en movilidad decretada por el Gobierno Nacional no es posible que el paciente se traslade para llevar a cabo el procedimiento, configurándose la imposibilidad jurídica para la entrega del medicamento y una vez se reactive la movilidad, el accionante está en la obligación de adelantar ante el establecimiento el trámite de viáticos previa asignación de fecha por parte de la IPS para realizar el procedimiento ordenado.

5. Por auto del 22 de julio siguiente el Magistrado Ponente consideró pertinente tramitar el incidente de desacato contra el Director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General JHON ARTURO SÁNCHEZ P y contra el Director E.S.M. Batallón A.S.P.C. No.30 GUASIMALES de Cúcuta, Mayor ADRIÁN LÓPEZ VILLAMIZAR por presunto incumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela del 02 de octubre de 2017; se ordenó notificar y correr traslado para que ejercieran su derecho de defensa.

6. Al descorrer el correspondiente traslado, los incidentados contestaron lo siguiente:

6.1. Dirección de Sanidad del Ejército

Por intermedio del Oficial Gestión Jurídica DISAN Ejército mediante escrito del 24 de julio manifiesta que una vez revisado el caso concreto se evidencia que en la valoración médica inicial en el examen físico se realiza hallazgo consistente en varicocele, siendo soportado por ayuda diagnóstica ecografía testicular con fecha 13 de noviembre de 2018 donde se deja indica que:

"(...) en la gónada izquierda se evidencian cambios congruentes con epididimitis izquierda, respecto a la gónada derecha se encuentra registro de forma tamaño conservados, con eco estructura conservadas, sin la presencia de imágenes patológicas.

Dicha ayuda diagnóstica marca el derrotero para la atención en salud por parte de la especialidad en urología quien consideró como conducta a seguir el procedimiento de varicocelectomía izquierda. Dicha intervención quirúrgica (varicocelectomía izquierda) según registros médicos fue realizada en el año 2018.

Dando así manejo adecuado según los hallazgos patológicos en el paciente en el momento, razones por las cuales no existe nexo causal para el hecho sobreviniente de una ayuda diagnóstica realizada posterior 2 años a la inicial valoración, donde se diagnostica varicocele en gónada derecha.

Dicho hallazgo, carece de nexos causal probado y respondería a hecho posterior a lo relacionado con la prestación del servicio militar en las Fuerzas Militares, lo cual quedó plenamente identificado con la ecografía Doppler testicular (13-11-2018) que se le realizó al paciente en el momento de tomar la decisión médica en cuanto al tratamiento se refiere”.

... en cumplimiento al fallo de tutela, al señor MIGUEL ÁNGEL GUTIÉRREZ CONTRERAS el día 13 de noviembre de 2018 se le realizó el estudio ecográfico de ambos testículos donde refiere en las conclusiones:

“EPIDEDIMITIS IZQUIERDA.- Es decir, cambios inflamatorios en el epidídimo del testículo izquierdo, sin otros hallazgos patológicos; por consiguiente: el testículo derecho se encontraba en condiciones normales (anexo 1).

En consecuencia de lo anterior, por orden médica se requirió manejo quirúrgico consistente en varicocelectomía y espermatoce izquierdo, con reporte de biopsia del 29 de octubre de 2018, conforme a nota médica del 14 de noviembre de 2018 (anexo 2).

Así las cosas nótese que al accionante se le han realizado y brindado los servicios médicos requeridos de forma oportuna respecto del testículo izquierdo.

Posteriormente mediante incidente de desacato el accionante manifiesta:

“La ecografía realizada muestra varicocele grado II y del lado izquierdo que fue el que ya se intervino tiene grado I (...).”

Al respecto es pertinente resaltar, que se evidencia nota médica del 28 de febrero del médico Urologo Miguel Tonino Botta Fernández el aporte de una ecografía donde muestra la varicocele grado II derecho y del lado izquierdo varicocele grado I, es decir, que solo en el año 2020, el señor GUTIÉRREZ CONTRERAS presenta varicocele grado II en el testículo derecho, por lo cual nótese que esta afección se presenta casi tres (3) años posterior al retiro de la fuerza, por lo cual no se puede alegar que fue adquirida en la prestación del servicio militar y menos tener nexos causal con el mismo, cuando se tiene prueba que en la ecografía realizada en el año 2018 el accionante no presentaba ningún hallazgo o evidencia o patología en el testículo derecho, por cuanto estaba en perfecto estado.

Vale la pena aclarar, que al usuario se le realizó la cirugía pertinente y que la persistencia de la varicocele de grado I en el testículo izquierdo puede obedecer a factores externos ajenos al manejo médico que pueda exacerbar los síntomas de aparición de nuevas lesiones no relacionadas.

Cabe resaltar que dicha patología no compromete la estabilidad hemodinámica (todo lo referente a la sangre, corazón) lo cual permite la realización de intervenciones programadas por no presentar una urgencia vital o intervención inmediata.

Se pone de presente que la varicocele en grado I no es considerada para manejo quirúrgico sino que se opta por manejo conservador.

Así las cosas, la cirugía aducida por el accionante es para el testículo derecho, cuya afección fue adquirida por el señor MIGUEL ÁNGEL posterior a la prestación del servicio militar, toda vez que su retiro de la fuerza se produjo el 01 de julio de 2017 conforme al Sistema Integrado de Talento Humano (SIATH) (anexo 3)-

Por lo expuesto, respetuosamente se considera que no hay lugar a la cirugía por el testículo derecho toda vez que no hay nexo causal ni razón para la prestación de los servicios médicos por esa afección, una vez probada que el testículo izquierdo en su momento era el que presentaba lesión conforme a la ecografía realizada en el 2018.”

Resalta que brindarle los servicios médicos al accionante por el testículo derecho iría en detrimento de los recursos de Sanidad Militar, y en contra de los derechos fundamentales en especial el de la vida de más de 680.000 usuarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, los cuales sí aportan y tienen derecho pleno para recibir esa atención.

Agrega que se procedió a verificar la página Administrador de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES- y se evidencia que el incidentante se encuentra en estado activo dentro del régimen subsidiado como cabeza de familia desde el 01/08/2019, por lo que cuenta con los servicios médicos del sistema general que le puede brindar los servicios de salud que llegare a necesitar.

Solicita así se declare la improcedencia y/o cierre del presente incidente de desacato, toda vez que está demostrado que esa Dirección de Sanidad ha realizado las gestiones pertinentes para atender el requerimiento judicial.

6.2 Establecimiento de Sanidad Militar BASPC30

Mediante escrito de fecha 28 de julio siguiente, su Subdirectora señala que no es posible continuar con el trámite del procedimiento quirúrgico, ya que la Dirección de Sanidad indica la falta de nexo causal entre la patología hoy sufrida y la tratada hace dos años, configurándose una imposibilidad jurídica en la prestación del servicio ordenado por lo que la patología actual debe ser tratada por el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Considera que se ha dado cumplimiento total a la orden judicial teniendo en cuenta la historia clínica, donde se evidencia la realización de un procedimiento quirúrgico como consecuencia de la valoración realizada, dándose cumplimiento a cabalidad a la orden

judicial ya que la patología que sufre para la fecha a pesar de ser por la misma especialidad, nada tiene que ver con la prestación del servicio militar.

Solicita se declare improcedente el desacato porque no se trata de la violación de derechos fundamentales por parte de ese establecimiento y se declare el archivo definitivo por cumplimiento total de la orden judicial.

7. Por auto del 30 de julio siguiente y teniendo en cuenta los escritos allegados por los incidentados, se consideró indispensable aclarar si el problema de salud que presenta hoy el interesado es o no consecuencia del que presentó en su momento antes de retirarse del Ejército Nacional, por lo que se ordenó oficiar al médico urólogo con quien este adelantó consulta médica y quien determinó la necesidad del procedimiento requerido, para que informara conforme a su conocimiento especializado si el diagnóstico actual, el que se le precisa conforme a la historia clínica del padecimiento de VARICOCELE TIPO II en el testículo derecho, es o no a consecuencia del problema de salud que originó la acción de tutela (varicocele grado III izquierdo); igualmente se dispuso oficiar a la Dirección de Sanidad del Ejército para que se pronunciara sobre el escrito allegado por la Dirección del ESM del Batallón ASPC No. 30 GUASIMALES en el que se informa que actualmente se están tramitando las diligencias correspondientes para la cirugía que requiere el incidentalista, y, así mismo poner en conocimiento al ESM del Batallón ASPC No. 30 Guasimales lo manifestado por la Dirección de Sanidad del Ejército.

7.1. Mediante oficio del 31 de julio siguiente el Establecimiento de Sanidad Militar ESM BAS 30 manifiesta que:

“Teniendo en cuenta que la Dirección de Sanidad Ejército ha emitido concepto médico sobre la patología que para la fecha sufre el accionante, se concluye que esta ha sido adquirida recientemente y no como consecuencia de la prestación del servicio y que la orden judicial se ha cumplido a cabalidad debido al procedimiento que se le practicó y el posterior tratamiento que se le ha venido prestando (...).

Es importante precisar que debido a dicho concepto, al Establecimiento no le es posible continuar con el trámite de salud de asignación de cita médica y las coordinaciones con el Establecimiento de Pamplona”.

7.2 Dirección de Sanidad del Ejército

Mediante escrito de fecha 30 de julio manifiesta que hasta que no se obtuvieron las pruebas pertinentes se procedió a exponer la presente solicitud, argumentando en los mismos términos en las que se refirió en escrito del 24 de julio actual, solicitando se declare la improcedencia y/o cierre del presente incidente y se condene al solicitante que requiera los servicios médicos en el Sistema General de Salud en el cual se encuentra activo.

7.3 Médico Urólogo

El doctor MIGUEL TONINO FERNÁNDEZ, manifiesta que de conformidad con la historia clínica la atención por él brindada al incidentalista el 28 de febrero de 2020, fue consulta de primera vez en el servicio de Medicina Especializada-Urología, en la que se dejó constancia de su relato, es decir, *“que había sido soldado regular hacía tres años, que fue sometido a cirugía de varicocele izquierdo y resección de quiste de epididimo en Pamplona hace 2 años (Dr. Casanova), manifiesta persistente dolor testicular izquierdo y, vista la ecografía presentada, mostró varicocele derecho grado II y de lado izquierdo que fue el que se intervino grado I”*.

Dice que difícilmente puede absolver el interrogante planteado, primero, porque no tiene conexidad y además desconoce los hechos que motivaron la acción de tutela y por el paso del tiempo, amén que un diagnóstico como el que se le solicita implica el acceso a todos los documentos para ello requeridos, v.gr. historia clínica del paciente, escrito de tutela y del incidente, así como la respuesta ofrecida por los accionados; considera que dicha solicitud sea elevada a la autoridad competente y por su condición de funcionario público en la actualidad se ha apartado de la actividad como médico especialista.

8. Por auto del 3 de agosto siguiente se hizo necesario prorrogar los términos conforme a la sentencia C-367 de 2014, por cuanto se requería de una prueba vital para decidir si hay o no lugar a la declaratoria de desacato como lo reclama el accionante. Y teniendo en cuenta las respuestas de los incidentados y del médico especialista, se requirió a los primeros para que de inmediato designaran un médico especialista de los que prestan los servicios a esa dependencia, quien a partir del estudio de la historia clínica de MIGUEL ÁNGEL GUTIÉRREZ CONTRERAS y demás soportes que apreciara necesario estableciera: fecha de estructuración de la *“PATOLOGÍA VARICOCELE TIPO II EN EL*

TESTÍCULO DERECHO” y si dicha patología derivó necesariamente como consecuencia de los efectos que generó la *“VARICOCELE GRADO III IZQUIERDO”*, o si por el contrario tiene otro tipo de origen.

Llegado al plenario lo anteriormente ordenado, esta Sala se dispone a resolver, previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer del presente incidente de desacato, conforme a lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si en el presente caso se cumple con los presupuestos fácticos exigidos por el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia, para aplicar la consecuencia jurídica dispuesta en el artículo 52 de dicho decreto a los incidentados.

Más exactamente se deberá establecer de acuerdo al contexto fáctico planteado en la solicitud de incidente y en las respuestas emitidas por los incidentados, si las reclamaciones que hoy eleva aquél hacen parte de las obligaciones que le surgieron a los accionados por las órdenes de tutela emitidas en el fallo del 2 de octubre de 2017 que decidió tutelar la protección de los derechos fundamentales del accionante.

3. El Desacato

La figura jurídica del desacato contemplada en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 fue erigida como un instrumento del cual dispone el juez de tutela para sancionar a quien hace caso omiso de las órdenes impartidas, con el fin de hacer efectivos los derechos fundamentales de la persona que ha reclamado su protección constitucional, por cuanto tal resguardo resultaría inocuo si no existiesen mecanismos como éste

orientados a asegurar el cumplimiento de las instrucciones dispuestas para obtener la cesación de la conducta lesiva o de las amenazas a las garantías superiores amparadas². La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la finalidad del desacato es la de lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada, por lo que si bien el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 establece unas sanciones a quien incumpla, la ejecución de éstas no resulta ser la finalidad del incidente de desacato sino que ellas deben ser entendidas como herramientas para lograr persuadir hacia el cumplimiento de la orden judicial³.

En ese sentido, al momento en que el juez deba efectuar el análisis propio dentro del trámite del incidente de desacato para adoptar una decisión respecto a la necesidad o no de imposición de las sanciones, deberá acreditar ciertos requisitos que han sido reconocidos por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. Así las cosas, para que el juez pueda imponer una sanción por desacato dentro del trámite incidental contemplado en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991, deberá acreditar la concurrencia de dos elementos, a saber: i) el objetivo, que tiene que ver al cumplimiento o no del fallo, y ii) el subjetivo, que se relaciona con el aspecto volitivo e intelectual de la persona responsable de cumplir el fallo.

En lo que respecta al requisito objetivo deberá el juez de tutela desarrollar una valoración probatoria respecto a los elementos aportados para su conocimiento y de esta manera, a partir de ello, establecer si la orden impartida en la tutela ha sido o no cumplida o no. En relación al requisito subjetivo el juez deberá valorar ciertos factores que permitan establecer la actitud del funcionario encargado del cumplimiento de la orden judicial, con el fin de establecer si la misma ha sido negligente, o por el contrario existen justificaciones razonables desde el punto de vista constitucional para no haber cumplido⁴.

4. Caso concreto.

Para establecer si en el presente caso se cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para imponer las sanciones que se desprenden del incidente de

² Corte Constitucional, Sentencia C – 243 de 1996.

³ Ver entre otras la sentencia SU -034 de 2018.

⁴ Ibídem

desacato, esta Corporación empezará por hacer el análisis objetivo necesario para verificar el cumplimiento o no del fallo.

Se tiene entonces que mediante sentencia del 2 de octubre de 2017 este Tribunal decidió proteger los derechos fundamentales del incidentante, y en consecuencia, en el segundo punto de la parte resolutive de la sentencia dispuso como ya se indicó:

SEGUNDO: ORDENAR a la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL Y AL BATALLON ASPC No. 30 GUASIMALES CON SEDE EN LA TRIGÉSIMA BRIGADA, que dentro de lo que sea su cargo y en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de la presente sentencia se cite al accionante a efectos de que éste se haga presente, le programen la cita con el médico que corresponda y éste determine el tratamiento a seguir, la programación de esta última cita debe efectuarse de inmediato, una vez comparezca allí el accionante.

De acuerdo a la solicitud de incidente de desacato presentado por MIGUEL ANGEL GUTIERREZ CONTRERAS, el fundamento del incumplimiento reprochado recae en que conforme “a lo arrojado en los últimos exámenes y valoración médica” en la actualidad padece de VARICOCELE, con orquialgia persistente después del procedimiento y que de acuerdo a la ecografía realizada muestra varicocele derecho grado II y del lado izquierdo que fue el ya intervenido, presenta grado I, motivo por el cual asegura que el médico tratante le ordenó una serie de exámenes de carácter urgente para proceder a intervenirlos quirúrgicamente, pero que pese a ello a la fecha aún no se ha cumplido con el tratamiento médico.

En ese sentido, obra dentro del expediente Historia Clínica del 28 de febrero de 2020 donde se registra:

*“Paciente masculino de 34 años de edad fue soldado regular hace tres años.
Se sometió a cirugía de varicocele izquierdo y resección de quiste de epidídimo en Pamplona hace 2 años (Dr. Casanova).
Se queja del dolor testicular izquierdo persistente.
Trae ecografía del Dr. Parada que muestra varicocele derecho grado II y del lado izquierdo que fue el intervenido grado I.
Dice el paciente que el dolor compromete el MII.
Examen físico:
Varicocele grado II izquierdo
Se le advierte la posibilidad de tener orquialgia persistente después del procedimiento.*

Nota: este paciente no puede desarrollar actividad física en el trabajo por lo que debe incapacitarse hasta que se opere”

Y finalmente, en esa misma historia clínica el Dr. MIGUEL TONNA BOLTA expone el diagnóstico como VARICES ESCROTALES.

Debe señalarse que de lo obrante en el plenario no se pudieron evidenciar materialmente las órdenes para los exámenes y la cirugía a los que hace alusión el incidentalista; sin embargo, de las manifestaciones tanto de este como de los incidentados puede inferirse la existencia de una orden de cirugía, para lo cual debe asistir previamente a consulta con la especialidad de anestesiología, servicio que en efecto le fue autorizado el 3 de noviembre de 2017 bajo el número 2020-03-615177, pero que no se ha materializado debido en un primer momento a procesos administrativos en relación al suministro de viáticos en el contexto del COVID 19, y en un segundo momento porque se consideró por los incidentados que la patología que presenta y por la cual exige su protección a través de este mecanismo incidental, no corresponde al diagnóstico por el cual le fueron tutelados sus derechos fundamentales en el año 2017.

En ese contexto debe señalarse que el diagnóstico presentado por MIGUEL ANGEL GUTIERREZ CONTRERAS y frente al cual esta Corporación tuteló la protección de sus derechos en octubre del 2017, fue el de *VARICOCELE IZQUIERDO Y ESPERMATOCELE*, por lo que la orden que allí se emitió debe entenderse conforme a este diagnóstico y sólo producirá efectos jurídicos frente al mismo.

En el fallo de tutela esto se dijo al relatar los hechos, para lo que aquí interesa:

“(...) 1.3.- El 2 de septiembre juró bandera y le concedieron 20 días de permiso a todo el pelotón, de regreso volvieron al GRUPO DE CABALLERÍA MECANIZADO No. 5 GENERAL HERMÓGENES MAZA donde permanecieron en alistamiento para dirigirse a la base de la Victoria, donde a unos les correspondió en el casco urbano y a otros entre ellos el accionante les correspondió el cerro de la Victoria, en dicho sitio el Cabo Primero era muy exigente y les ponía entrenamientos muy pesados; durante un mes y quince días los puso a dar 1000 vueltas a la Garita “con el equipo que constaba de fusil Galil 556, con 525 cartuchos y un casco kevlar de aproximadamente 10 kilos, le manifestó de (sic) mi Cabo Primero Galvis que debido a las largas jornadas de entrenamiento me dolían los testículos, lo cual tomó la decisión de enviarme a la base del pueblo donde estaba la otra sección del pelotón”.

1.4 Al llegar a la base manifestó el dolor que tenía pero no le prestaron atención, y luego le tocó dirigirse a la Virgen vía Sardinata, traslado que se realizó a pie con más de 69 kilos en el hombro más el equipo, y al llegar montaron un puesto de control que funcionaba las 24 horas, por lo que debían patrullar los alrededores del mismo en un radio de 1 a 15 kilómetros diarios, bien fuera de día o de noche lo cual le intensificó el dolor en los testículos.(...).

1.6 Como tuvieron un incidente el Coronel ANGARITA dio la orden de retirar del pelotón a los soldados regulares que se habían visto involucrados en tal situación y regresarlos a Cúcuta mientras se surtían las investigaciones, y, estando allí empezó a asistir al médico porque el dolor era cada vez más intenso, determinando el médico que padece de la enfermedad de "VARICOCELE" en tercer grado, diagnóstico que le fue entregado a su superior Primero ORTEGA, el cual no le prestó atención.

1.7 Salieron de permiso el 5 de mayo por 20 días, y su superior ORTEGA se comprometió que tan pronto regresara tendría lista la cita con el médico urólogo para que lo evaluara nuevamente e indicara el procedimiento a seguir, pero al regreso se enteró que la cita nunca la tramitaron y que estaba listo el oficio en el que le daban de BAJA por el suceso ocurrido en el sector de Sardinata sin adelantarle ningún proceso disciplinario dentro de la institución, y el 9 de julio de 2017 le realizaron un examen de retiro "en el cual avalúan la parte física, odontológica y psicológica, en donde la anamnesis del médico general refiere VARICOLE (sic) III".

1.8 Le fue informado que a los 15 meses de prestar el servicio militar, debía firmar la dada de baja para poder salir del régimen especial en el que se encontraba y pasar a régimen subsidiado y así poder continuar el tratamiento para la VARICOCELE III, a lo que se negó.

1.9 Actualmente se encuentra en estado grave de salud, le duelen de una forma anormal los testículos y debe auto medicarse porque no cuenta con los recursos necesarios para ir al médico particular y en ninguna institución lo atienden porque le manifiestan que pertenece a un régimen especial y que es allí donde lo deben atender, pero ha ido a sanidad del ejército de Pamplona y Cúcuta y en ningún lado lo quieren atender, desmejorando así su calidad de vida.

1.10 La patología que padece es susceptible de recuperación absoluta si se trata a tiempo, encontrándose en situación de debilidad manifiesta por cuanto no tiene empleo porque se le hace difícil realizar algún esfuerzo físico, ni cuenta con servicios de salud o seguridad social pues en sanidad del ejército no lo quieren atender y no ha podido afiliarse al Sisbén, por pertenecer al régimen especial de las fuerzas militares. (...)"

En cuanto a las pretensiones, se indicó:

"(...) Solicita se tutelén sus derechos fundamentales invocados y en consecuencia se ordene al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES EJÉRCITO NACIONAL, BATALLÓN ASPC No. 30 GUASIMALES y GRUPO DE CABALLERÍA MECANIZADO No. 5 GENERAL HERMÓGENES MAZA asuman la enfermedad que padece (VARICOCELE III) y su tratamiento, con los respectivos gastos de traslados y demás, ya que esta enfermedad fue adquirida en la prestación del servicio obligatorio. (...)"

El problema jurídico así se planteó:

“Corresponde a este Tribunal establecer si el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-COMANDO DE LAS FUERZAS MILITARES DEL EJÉRCITO NACIONAL, ASPC No. 30 GUASIMALES, GRUPO DE CABALLERÍA No. 5 GENERAL HERMÓGENES MAZA, o vinculados han vulnerado los derechos fundamentales a la salud y seguridad social al señor MIGUEL ÁNGEL GUTIÉRREZ CONTRERAS, al no prestarle el servicio médico asistencial donde requiere sea tratado de la VARICOCLELE III para restablecer su salud, enfermedad que adquirió cuando se encontraba cumpliendo con el servicio militar, igualmente si es procedente ordenar su reintegro para prestar los servicios militares”.

Y al resolverlo se señaló por la Colegiatura, en el caso concreto:

“(…) Del material probatorio obrante en el expediente se extrae que el señor MIGUEL ÁNGEL GUTIÉRREZ CONTRERAS prestó el servicio militar obligatorio como soldado regular, a partir del 5 de mayo de 2016 hasta el 1º de julio de 2017, fecha última en que fue desvinculado mediante OAP NO. 1824 del 29 de mayo de 2017 por concepto psicológico elaborado el 20 de abril actual por el Psicólogo del ESM 2015 BAS 30; durante el tiempo de servicio le fue diagnosticado varicocele grado III, sin que hasta la fecha le hayan realizado tratamiento alguno pues en sanidad del ejército no lo quieren atender, según su dicho.(…).

Entonces resulta razonable afirmar que al señor MIGUEL ANGEL GUTIÉRREZ CONTRERAS se le efectuaron las evaluaciones de ingreso de conformidad con la rigurosidad que exige la norma y que fueron superados satisfactoriamente toda vez que fue declarado apto, por lo tanto completamente sano, e incorporado a las filas del batallón de marras. (…).

Por su parte el artículo 8 del Decreto 1796 de 2000, consagra la obligación de practicar un examen médico de retiro a todas aquellas personas que van a ser dadas de baja del servicio militar activo, con miras a determinar si las personas que cumplieron con la labor castrense van a ser reintegradas a la vida civil en las óptimas condiciones de salud con las que ingresaron, o en caso contrario, para determinar el tipo de asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica que requiera mientras se logra su recuperación; obligación que para el caso en cuestión reviste capital importancia ya que al accionante se le había diagnosticado varicocele Grado III, durante el tiempo de servicio y con ocasión del mismo, razón por la que se requiere sea sometido a un tratamiento con el fin de contrarrestar las secuelas que se han generado a raíz de sus quebrantos de salud. (…).

De acuerdo con lo anterior, la Sala concederá de manera definitiva el amparo de los derechos fundamentales del señor MIGUEL ANTEL GUTIÉRREZ CONTRERAS a la salud y vida en condiciones dignas

En consecuencia, ordenará a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y al Batallón ASPC No. 30 Guasimales con sede en la Trigésima Brigada, que en lo que les corresponde, realicen el tratamiento de la enfermedad diagnosticada y le presten el tipo de asistencia médica quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica que requiera para su recuperación. (...).

Y al resolver se concretó:

“PRIMERO: CONCEDER de manera definitiva el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas.

SEGUNDO: ORDENAR a la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL Y AL BATALLÓN ASPC No. 30 GUASIMALES CON SEDE EN LA TRIGÉSIMA BRIGADA, que dentro de lo que sea de su cargo, y en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia se cite al accionante a efectos de que éste se haga presente, le programen la cita con el médico que corresponda y éste determine el tratamiento a seguir; la programación de esta última cita debe efectuarse de inmediato, una vez comparezca allí el accionante.(...)”.

En ese sentido, mediante auto del 3 de agosto de 2020 se requirió a los incidentados para que designaran un médico especialista y a partir del estudio de las historias clínicas del incidentalista, se estableciera la fecha de estructuración del diagnóstico de Varicocele tipo ii en el testículo derecho y para que definiera si dicha patología se derivó necesariamente, como consecuencia de los efectos que generó la Varicocele grado III izquierdo, o si por el contrario es de otro tipo de origen.

En cumplimiento a dicho requerimiento, se allegó oficio suscrito por el Subdirector Científico ESM BAS30, Mayor NELCY CAROLINA CASTAÑEDA GRANADOS en el que señala que tras el análisis de la historia clínica de MIGUEL ANGEL GUTIERREZ CONTRERAS por parte de un especialista en urología se concluyó:

*“Reviso la historia clínica y mi concepto urológico.
En el 2018 el paciente es valorado y se evidencia varicocele izquierdo grado III. Se realiza cirugía sin problema. En la actualidad cursa con varicocele derecho grado II, tomado de Historia clínica.*

Primero esto es una enfermedad general.

Segundo no incide nada la cirugía de hace dos años ni su paso por las fuerzas militares

Tercero debe ser evaluado por un urólogo dado que tiene alta probabilidad de no requerir ninguna intervención”

Con fundamento en el concepto médico del especialista en urología el Establecimiento de Sanidad Militar señaló:

“Por tanto, al contar con el concepto médico emitido por la Dirección de Sanidad del Ejército sobre la patología que para la fecha sufre el accionante, se concluye que ésta ha sido adquirida recientemente y no como consecuencia de la prestación del servicio y que la orden judicial se ha cumplido a cabalidad debido al procedimiento que se le practicó y el posterior tratamiento que se le ha venido prestando (...).

Es importante precisar que debido a dicho concepto, al establecimiento no le es posible con el trámite de solicitud de asignación de cita médica y las coordinaciones con el establecimiento de Pamplona.”

En efecto, el concepto médico otorgado por el especialista en urología EMILIO JOSE MARIN NIÑO es claro en señalar que la patología actual y sobre la cual se le ordenó el tratamiento médico el pasado 20 de febrero de 2020 no corresponde ni tampoco tiene conexión alguna con la VARICOCELE izquierda presentada; así lo señala:

“Una vez realizado el análisis del caso del señor MIGUEL ANGEL GUTIERREZ CONTRERAS se evidencia que en la valoración médica inicial, en el examen físico se realiza hallazgo consistente en varicocele izquierdo. Dicho hallazgo soportado por ayuda diagnóstica ecografía testicular con fecha 13 de noviembre de 2018 donde se deja evidencia que en la gónada izquierda se evidencian cambios congruentes con epididimitis izquierda, respecto a la gónada derecha se encuentra registro de forma, tamaños conservados, con eco estructuras conservadas, sin la presencia de imágenes patológicas (sic). Dicha ayuda diagnóstica marca el derrotero para la atención en salud por parte de la especialidad de urología quien consideró como conducta a seguir el procedimiento de varicocelectomía izquierda. Dicha intervención quirúrgica (varicocelectomía izquierda) según registros médicos fue realizada en el año 2018. Dando así el manejo adecuado según los hallazgos patológicos en el paciente en el momento, razones por las cuales no existe nexo causal para el hecho sobreviniente de una ayuda diagnóstica realizada posterior 2 años a la inicial valoración, donde se diagnostica varicocele en gónada derecha. Dicho hallazgo carece de nexo causal probado, y respondería a hecho posterior a lo relacionado con la prestación del servicio militar en las Fuerzas Militares, lo cual quedó plenamente identificado con la ecografía Doopler testicular (13-11-2018) que se le realizó al paciente al momento de tomar la decisión médica en cuanto al tratamiento se refiere. (...).”

Considera así la Sala que este concepto técnico que además se fundamenta en el estudio de la historia clínica del accionante, permite fundamentar las razones del presunto incumplimiento del fallo de tutela pues en últimas el tratamiento médico ordenado por el médico tratante el 20 de febrero de 2020, excede los alcances de dicha orden, en tanto ésta se fundamentó en el diagnóstico de *Varicocele Izquierdo y Espermatocoele*, mientras que el tratamiento que exige el incidentalista mediante este trámite

incidental se enfoca en la Varicoele Derecha Grado II que presenta y que de acuerdo al concepto médico aportado, no tiene conexión alguna con el primero por lo cual no corresponde al espectro de protección de aquel fallo judicial.

Teniendo en cuenta lo anterior se observa que las entidades accionadas han dado cumplimiento al fallo de tutela proferido el 2 de octubre de 2017, en lo que hasta ahora ha tenido relación con esa patología en el testículo izquierdo frente a la cual se mantiene vigente cualquier atención que llegare a requerir previa la correspondiente orden de su médico tratante

Así las cosas y como quiera que el propósito del incidente de desacato es lograr el eficaz cumplimiento de las órdenes expedidas por el juez constitucional, tendientes a salvaguardar el derecho fundamental quebrantado, considera la Sala que los accionados han ajustado hasta ahora su conducta a lo ordenado en el mencionado fallo de tutela y por ende debe desestimarse el desacato denunciado por cuanto estos han desplegado actuación expresamente dirigida al cumplimiento de la orden de tutela.

En ese orden de ideas, si el artículo 52 del decreto 2591 de 1991 exige como presupuesto fáctico el incumplimiento de la orden judicial impuesta a través de un proceso de tutela para imponer las sanciones por desacato, considera esta Corporación que toda vez que en el presente caso no se pudo demostrar que objetivamente se haya incumplido la orden del fallo de tutela de marras, no resulta procedente la imposición de las sanciones por lo que se abstendrá de ello.

No deviene, de otro lado, resalta la Sala, viable en el presente evento, la posibilidad de ajustar las órdenes de tutela para garantizar adecuadamente los derechos fundamentales protegidos en el fallo respectivo, pues no se trataría de simples concreciones accidentales (modo, tiempo y lugar) en torno de esos mandatos, sino sustancialmente de impartir nuevas disposiciones frente a hechos distintos y posteriores en el tiempo a los que fueron materia de decisión en la sentencia multicitada. De cara a esa potestad del juez constitucional en sede de desacato tiene precisado la jurisprudencia constitucional:

*“(...) 6.4 Teniendo claro lo anterior, la Sala señalará, cuáles son los **límites y las facultades** del juez constitucional durante el trámite del incidente de desacato. (...).*

6.4.1 Sin embargo, la Corte ha precisado que dicho examen **no puede reabrir el debate de fondo que concluyó con el fallo^[64]. Aunque es posible que, en algunas circunstancias excepcionales, el juez pueda ajustar la orden original o dictar órdenes adicionales con el fin de concretar la protección concedida. Lo anterior, bajo la observancia los siguientes parámetros, que deben ser aplicados estrictamente:**

*“(1) La facultad puede ejercerse cuando debido a las condiciones de hecho es necesario modificar la orden, **en sus aspectos accidentales**, bien porque: a) la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo pero luego devino inane; b) porque implica afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público o c) porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir.*

*(2) La facultad debe ejercerse de acuerdo a la siguiente finalidad: las medidas deben estar encaminadas a lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo **con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado.***

*(3) **Al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales**, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea necesario para alcanzar dicha finalidad.*

(4) La nueva orden que se profiera, debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz.”^[65]

6.5 En suma, las potestades disciplinarias que el Decreto 2591 de 1991 le asignó al juez encargado del incidente de desacato en tutela le permiten también, desplegar las actuaciones pertinentes para lograr la efectividad de las órdenes de amparo, siempre que, de acuerdo con las especificaciones referidas, las mismas sean necesarias y no impliquen una reducción de la protección que fue concedida en el fallo de tutela. (...)”⁵. (Resaltos ajenos al texto original).

Por tanto, ordenar que el tratamiento y atención que requiera el reclamante por dolencias distintas a las que motivaron la decisión que dispuso la protección de su derecho a la salud cuando prestaba su servicio militar, implicaría superar objetivamente los soportes fácticos que la fundamentaron y no meramente acoplar las circunstancias de modo, tiempo o lugar en que las órdenes de tutela impartidas habrían de cumplirse.

Finalmente, se conminará al accionante para que requiera los servicios médicos en el Sistema General de Salud en el cual se encuentra activo en la NUEVA EPS-S, de conformidad con la información que en ese respecto ofrecieron los incidentados y no fueron desmentidos por aquél al responder sus intervenciones en el presente incidente.

⁵ Sentencia T-280/17, entre otras.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Única de Decisión del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA,**

RESUELVE:

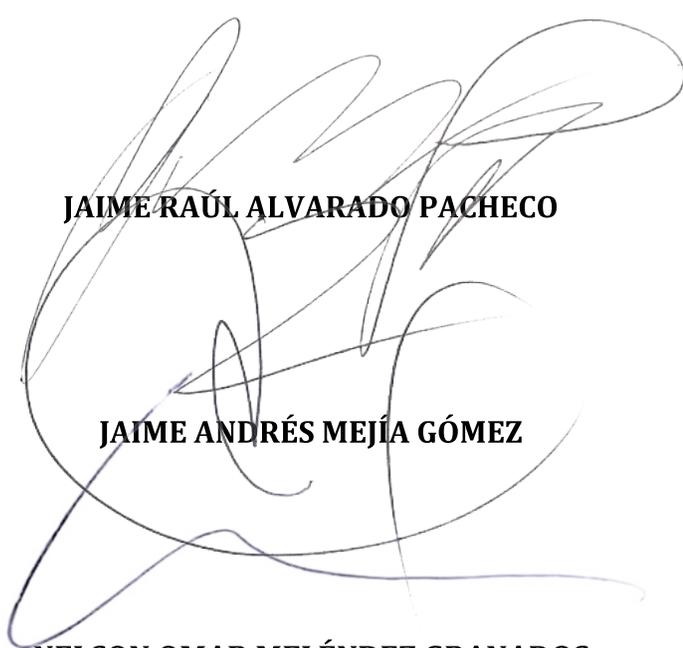
PRIMERO: DISPONER que **no hay lugar a imponer las sanciones** previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 al Director de Sanidad del Ejército, Brigadier JHON ARTURO SÁNCHEZ PEÑA y al Director del ESM BATALLÓN A.S.P.C. No. 30 GUASIMALES, Mayor ADRIÁN LÓPEZ VILLAMIZAR, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONMINAR al incidentalista para que requiera los servicios médicos en el Sistema General de Salud al cual se encuentra activo, en la NUEVA EPS-S, según lo indicado ut supra.

TERCERO: COMUNÍQUESE esta decisión a los interesados y en firme la misma, archívense las diligencias.

Esta decisión fue proyectada, presentada, discutida y aprobada por medios virtuales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Firmado Por:

**JAIME RAUL ALVARADO PACHECO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 3 TRIBUNAL SUPERIOR PAMPLONA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

d53f57c6f277c61bfa8d3618f937c838b877a8fda14998117f9acdf3f3f0b5ff

Documento generado en 19/08/2020 12:12:14 p.m.